

Van wil, causa en verrijking

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (1997). Van wil, causa en verrijking: over een alternatieve route naar de contractuele gebondenheid. *Stellenbosch Law Review*, 8, 280-295.

Document status and date:

Published: 01/01/1997

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Van wil, causa en verrijking: over een alternatieve route naar de contractuele gebondenheid

J.M. Smits*

1. Een eeuwige queeste

In deze bijdrage wordt de vraag naar de grondslag van de contractuele gebondenheid nogmaals aan de orde gesteld. Het was de beroemde Leidse rechtsgeleerde E.M. Meijers die in 1921 schreef dat daaromtrent reeds een kleine bibliotheek was volgeschreven.¹ Inmiddels kost het weinig moeite meer om zijn gehele leven te blijven lezen over wat *anderen* over die vraag schreven en getuigt het dus van enige overmoed om deze vraag nogmaals principieel te bespreken, daarbij geluiden als zou deze eeuwige *queeste* beter kunnen worden opgegeven² negerend. Ik beoog vooral om de mist rondom de verhouding van wil, verklaring en vertrouwen enerzijds en causa en consideration anderzijds te doen optrekken, een mist die zowel in landen met een continentaal stelsel als in Anglo-Amerikaanse rechtsstelsels het contractueel landschap beheerst. Na enig deconstructief werk, kom ik tot een hernieuwde plaatsbepaling van de overeenkomst binnen het stelsel van de bronnen van verbintenis.

De nadruk zal hier liggen op de Zuid-Afrikaanse situatie. Niet alleen is de problematiek van de contractuele gebondenheid een internationale en gelden inzichten op dat terrein gelijkelijk voor ieder land,³ maar bovendien is juist het gemengde civielrechtelijke rechtsstelsel van Zuid-Afrika⁴ interessant indien men op zoek is naar een contractuele grondslag die recht doet aan de 'civiele traditie' — wat precies is wat ik hier beoog. In ongemengde stelsels — zowel van continentale als van Anglo-Amerikaanse aard — is het meer gebruikelijk om de oplossingen die 'toevalligerwijs' door de wetgever of de hoogste rechter zijn voorgesteld als zaligmakend te beschouwen. Dit positivistische uitgangspunt leidt onvermijdelijk tot problemen zodra die toevallige oplossing niet langer voldoet; de kans is groot dat men dan óf regels oneigenlijk oprekt door een uitbreiding van hun toepassingsbereik óf verwijst naar 'open' normen als de 'goede trouw' of de 'redelijkheid'. In een stelsel als het Zuid-Afrikaanse heeft men dan echter de mogelijkheid in het gigantische arsenaal van — in principe — twintig eeuwen burgerlijk recht te zoeken naar voor de nieuwe feitenconstellatie passende regels en daaruit inspiratie te putten.⁵ Vruchtbare oplossingen van toen, maar ook van nu⁶, verdwijnen zo niet in de vergetelheid.

2. Binding aan de overeenkomst: wil, verklaring en vertrouwen *passé*

* J.M. Smits, LL.M. (Leiden), Dr.Iur. (Leiden), Universiteit Maastricht. Dit artikel is gebaseerd op zijn proefschrift (zie noot 3) en op onderzoek dat hij in augustus-september 1995 verrichtte in het departement Privaat- en Romeinse Reg van de Universiteit van Stellenbosch. Hij bedankt de Fakulteit Regsgeleerdheid voor de gastvrije ontvangst en financiële bijstand. Prof. Gerhard Lubbe dankt hij in het bijzonder voor zijn grote gastheerschap.

¹ De grondslag der aansprakelijkheid bij contractuele verplichtingen, in: VPO III, Leiden 1955, p. 81.

² Zie bijv. Dennis M. Patterson, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*; an open Letter to Professor James Gordley, *Wisconsin LR* 1991, p. 1432 v.

³ Voor een algemene beschouwing, vervolgens toegepast op het Nederlandse recht, zie mijn *Het vertrouwensbegin-sel en de contractuele gebondenheid*, diss. Leiden 1995 (handelseditie uitgeverij Gouda Quint, Arnhem 1995).

⁴ Waarover thans R. Zimmermann en D. Visser, *Introduction: South African Law as a Mixed Legal System*, in: dez. (eds.), *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, Cape Town 1996, p. 1 v.

⁵ Hierin ligt als *petitio principii* besloten dat het recht van *cyclische* aard is en dezelfde problemen met hun eigen oplossingen eens in de zoveel tijd terugkeren.

⁶ Zie voor het belang van het Rooms-Hollandse Recht, ingebed in de civiele rechtstraditie, vooral Reinhard Zimmermann, *Das römisch-holländische Recht und seine Bedeutung für Europa*, *JZ* 1990, p. 825 v., dez., *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, *JZ* 1992, p. 8 v. en dez., *The Law of Obligations — Character and Influence of the Civilian Tradition*, *Stell. LR* 3 (1992), p. 5 v.

Wie de belevenissen van het thema van de contractuele gebondenheid gedurende de afgelopen pakweg 180 jaar beschouwt, ziet dat de kwestie steeds wordt teruggebracht tot een vraag van wil, verklaring en vertrouwen. Standaard is dat men de geschiedenis laat beginnen in het tijdvak van de grote codificaties waarin, mede beïnvloed door Kantiaans en liberaal gedachtengoed, de wil als grondslag van en als criterium voor de gebondenheid werd neergelegd. Rechtsgevolgen traden in *als* dit was gewild en *omdat* dit was gewild. Evenzeer deel van het standaardbeeld is dat deze leer wel moest leiden tot onrechtvaardige resultaten in het geval men de gebondenheid in werkelijkheid niet wenste, doch jegens de wederpartij wel *de indruk wekte* gebonden te willen zijn.⁷ De vertrouwensleer en de verklaringsleer en de in Nederland thans in het nieuw Burgerlijk Wetboek neergelegde⁸ en in Zuid-Afrika *de facto* geldende⁹ wils-vertrouwensleer moeten worden beschouwd als correcties op die onrechtvaardige wilsleer.

Dat het debat hiermee is beslist, kan echter moeilijk worden volgehouden. In de eerste plaats lijdt de wilsvertrouwensleer aan een logisch euvel: wil en vertrouwen sluiten elkaar niet uit. Het zoeken van de grondslag voor gebondenheid in het vertrouwen op de wil, lijkt immers slechts vruchtbaar wanneer dat vertrouwen in voldoende mate kan worden afgescheiden van de totstandkoming op de eerste grondslag, de wil. Maar ook in de situatie waarin de overeenkomst wordt gegrond op de enkele wilsovereenstemming, kan vertrouwen bij ieder der contractspartijen worden geconstrueerd. Indien A toezegt aan B zijn kostbare villa te zullen verkopen voor een normale prijs en A ook daadwerkelijk nakomt, vertrouwt B net zo op de verklaring van A als wanneer A achteraf stelt 'toch niet gewild te hebben'. In het eerste geval zal de gebondenheid echter op de wil worden gebaseerd, in het tweede op het vertrouwen op die wil.

In de tweede plaats is meer praktisch ook in de wilsvertrouwensleer niet duidelijk *welk* vertrouwen nu precies bindend is. Onderzoek door diverse auteurs heeft aangetoond dat een maatstaf voor de gerechtvaardigdheid van het vertrouwen niet goed te geven valt.¹⁰ Noch de 'gerechtvaardigdheid' van het vertrouwen, noch het zogenaamde 'toedoen' van de wederpartij waarmee het vertrouwen is gewekt, bieden goede criteria. Waar in Zuid-Afrika de wederpartij van degene die nakoming van de overeenkomst wenst, moet aantonen dat het vertrouwen van de eiser onredelijk was, is de vraag wanneer dit het geval is niet aan nadere criteria te onderwerpen. Dat maakt de wilsvertrouwensleer een theorie die op drijfzand is gebouwd. De rechter kan er goed mee werken omdat hij niet gebonden is aan veel beperkende maatstaven, maar een wetenschappelijke theorie die inzicht biedt in de *ware* reden voor gebondenheid biedt zij niet.¹¹

Alvorens de vraag te stellen of een andere oplossing denkbaar is, is het nuttig om na te gaan of de wilsleer daadwerkelijk tot zulke onbillijke resultaten aanleiding gaf als men het tegenwoordig doet voorkomen. Het kan immers niet zo zijn dat men in de negentiende eeuw aan de hand van de wilsleer volstrekt onacceptabele resultaten bereikte. En wie de vroege vertegenwoordigers van de leer bestudeert, bemerkt inderdaad dat zij een veel subtielere theorie verdedigden dan men thans aanneemt. Dat de wil

⁷ Zie bijv. S. van der Merwe e.a., *Kontraktereg; algemene beginsels*, 1994, p. 21 en J.C. de Wet en A.H. van Wyk, *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg*, 5de uitg., vol. 1, Durban 1992, p. 11.

⁸ Zie art. 3:33 jo. 35 BW, waarover Asser-Hartkamp II, 9de dr., Zwolle 1993, no. 97 v.

⁹ Van der Merwe c.s., o.c., p. 29 v. en De Wet en Van Wyk, o.c., p. 20 v. Zie voor de aanvulling met deze 'iustus error'-grondslag bijv. *George v. Fairmead*, 1958 2 SA 465 (A), *Du Toit v. Atkinson's Motors* 1985 2 SA 893 (A) en *Sonap Petroleum v. Pappadogianis* 1992 3 SA 234 (A).

¹⁰ Zie bijv. Rainer Loges, *Die Begründung neuer Erklärungs-pflichten und der Gedanke des Vertrauensschutzes*, Berlin 1991, p. 61, J.H. Baker, *From Sanctity of Contract to Reasonable Expectation?*, CLP 32 (1979), p. 33, E.M. Meijers, *De grondslag der aansprakelijkheid bij contractuele verplichtingen*, o.c., p. 84, B.W.M. Nieskens-Ispording, *Het fait accompli in het vermogensrecht*, diss. Tilburg 1991, p. 89. Anders: Johannes Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen 1981, p. 106. Zie ook Smits, o.c., p. 144.

¹¹ Dit nog afgezien van bezwaren tegen de wil *als grondslag*. Zie bijv. G.T.S. Eiselen, *Kontrakteervrijheid, contractuele geregtigheid en die ekonomiese liberalisme*, THRHR 52 (1989), p. 516 v., Paul Farlam, *The Role of Consensus in the Formation of Contracts*, *Responsa Meridiana* 6 (1993), p. 176 v. en Annél van Aswegen, *The future of South African contract law*, THRHR 57 (1994), p. 448 v.

het primaat heeft, betekent voor hen namelijk nog steeds dat slechts sprake is van een wil wanneer deze is verklaard. De Nederlandse auteur C.W. Opzoomer is hier zeer duidelijk over:¹²

'De geheime, verborgen wil kan geen kracht hebben: alleen de uitgesproken, geopenbaarde wil kan werken. Op het uiten, het verklaren van den wil, komt het aan. (...) Er is geen andere wil dan de uitgedrukte wil; van strijd tusschen wil en wilsverklarend woord kan geen sprake zijn. Immers wat van het woord verschilde, er tegen streed, zou dan niets anders zijn dan de geheime, de verborgen wil, die juist buiten alle aanmerking moet blijven'.

Een discrepantie tussen wil en verklaring kan niet ontstaan omdat de verklaarde wil centraal staat. Wil en verklaring zijn daarmee volstrekt uitwisselbare grootheden geworden wat de vraag naar het *criterium* voor contractuele gebondenheid aangaat. Weliswaar wordt de *grondslag* van de gebondenheid gebaseerd op de wil, maar praktisch gezien maakt het niet uit of men van wil of verklaring uitgaat omdat zij volstrekt samenvallen: alleen de verklaarde wil is werkelijke wil. Indien de verklaring dubbelzinnig is, zodat wil en verklaring 'uiteenlopen', bestaat geen enkele twijfel over de vraag wat de 'werkelijke' wil is geweest: dat is altijd de uitgesproken wil.

Wanneer men de wilsleer dan ook bekritiseert met het argument dat wanneer de wil niet in overeenstemming is met de gedane verklaring geen overeenkomst ontstaat, ook niet wanneer de wederpartij mocht aannemen dat overeenstemming wel bestond, dan kan dit eenvoudig worden gepareerd: in de ideaaltypische wilsleer *bestaat* geen discrepantie tussen wil en verklaring. Het is een van de twee: of er is een wil en dan ook (per definitie) een daarmee corresponderende verklaring, of er is geen wil, maar dan ook geen verklaring. *Tertium non datur*. Een psychologisch onderzoek, nodig om de 'werkelijke' wil te achterhalen, is evenmin vereist nu deze reeds blijkt uit de verklaring die daarmee per definitie samenvalt.

Biedt de wilsleer *in zichzelf* dus een volstrekt legitieme theorie inzake grondslag van en criterium voor de gebondenheid, *nadelen* kunnen wel worden genoemd. Een eerste adequaat argument betreft de keuze die klakkeloos voor de wil wordt gemaakt bij de rechtvaardiging van de gebondenheid. Men vraagt zich immers in het geheel niet af waarom nu juist de *wil* van de contractspartijen leidt tot gebondenheid, wat treffend wordt uitgedrukt door te spreken van het *wilsdogma*. Maar er is nog een ander nadeel dat de wil als criterium betreft, namelijk zoals al gezegd, dat wil en verklaring uitwisselbare grootheden zijn. Men zou, wat het criterium aangaat, evengoed van de verklaring kunnen uitgaan. Wanneer men zich dit realiseert, dan is evident dat niet duidelijk is welke verklaring (lees: wilsverklaring) wel tot gebondenheid leidt en welke niet. De aanhangers van de zuivere wilsleer zullen dit probleem hebben opgelost door middel van *uitleg* — indien de verklaring niet tot rechtsgevolgen mag leiden, omdat dit onrechtvaardig is (bijvoorbeeld omdat het woord iemand ontvallen is of de handeling argeloos is verricht), dan is de verklaring eenvoudigweg ook geen *wilsverklaring* en bestaat ook geen overeenkomst.¹³ In de wilsleer komt, paradoxaal genoeg, dus alles aan op uitleg van de verklaring: slechts die verklaring die gewenst is, zal een 'werkelijke' wil krijgen toegedeeld. Dat mag een in de praktijk werkbare methode zijn, enig inzicht in de vraag wanneer gebondenheid bestaat (dus: welke verklaring wel en welke niet van een 'rechtsdoorvoerende wil'¹⁴ wordt voorzien), wordt er nog steeds niet mee verkregen.

Als voorlopige conclusie uit de tot nu toe verrichte deconstruerende arbeid geldt dan ook dat het stellen van de vraag of *de* grondslag van en het criterium voor contractuele gebondenheid moeten worden gezocht in een bij contractspartijen aanwezige wil, in een gedane verklaring of belofte of in daarmee opgewekt vertrouwen, tot op zekere hoogte onzinnig is. Elk van deze verklaringen verwijst

¹² Het Burgerlijk Wetboek verklaard, dl. 5, 2de dr., 's-Gravenhage 1891, p. 28. Dit werd eerder verwoord door Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Zie bijv. Windscheid/Kipp, Bd. I, 9. Aufl., Frankfurt am Main 1906, p. 376 met de beroemde zin 'Die Erklärung ist die Erscheinung des Willens, der Wille in seiner Erscheinung'.

¹³ Dat het probleem van de wilsleer uit de wereld is wanneer men de uitleg centraal stelt, zegt ook Carole Lewis, The demise of the exceptio doli: is there another route to contractual equity?, SALJ 107 (1990), p. 26 v. Vgl. Lubbe en Murray, o.c., p. 469

¹⁴ Vgl. Jac. Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen, diss. Leiden 1988, Deventer 1988, p. 30 v.

namelijk naar een element dat op zichzelf niets zegt over de vraag *wanneer* gebondenheid moet bestaan. Of een wil, een verklaring of een vertrouwen aanwezig is, is een vraag die aan de hand van die elementen zelf niet kan worden beantwoord.

Nu kan men de houding innemen dat wanneer deze elementen nooit de reden kunnen vormen voor het opleggen van gebondenheid, zij blijkbaar door de rechter worden gebruikt als *instrument* ter legitimering van een beslissing op grond van de billijkheid in concreto, waarover verder niets te zeggen valt nu hierover van geval tot geval wordt beslist. Daarmee zou echter iedere verdere rechtvaardiging voor gebondenheid worden afgesneden. Vruktbaarder is daarom de benadering waarin als veronderstelling wordt genomen dat wel degelijk een achterliggend beginsel de gebondenheid kan verklaren. Dit moet dan zo worden beschouwd dat achter het beroep op wil, verklaring of vertrouwen, waarop door de rechter *ter schijnbare legitimering* een beroep wordt gedaan, een *werkelijke* reden voor de gebondenheid schuilgaat. Dus niet omdat de wilsleer (vertrouwensleer, verklaringsleer of wilsvertrouwensleer) wordt toegepast, bestaat gebondenheid, maar omdat gebondenheid geïndiceerd is, wordt de wilsleer (of andere leer) ter — gebrekkige — rechtvaardiging gebruikt.¹⁵

3. De causa als toetssteen van verbindbaarheid

De civiele traditie waarvan ik zojuist sprak, bestaat mijns inziens daarin dat in het arsenaal aan regels, begrippen, beginselen en leerstukken van privaatrecht een grote wijsheid is opgeslagen omtrent een rechtvaardige wijze van conflict oplossen. Daarbij verdwijnen in de ene periode bepaalde regels schijnbaar achter het 'positieve' recht en is het de taak van de wetenschap deze regels weer tevoorschijn te toveren wanneer dat positieve recht niet langer in staat is met alle mogelijke problemen die in de praktijk ontstaan om te gaan. Mijn hypothese is dat precies dit is gebeurd in het contractenrecht: men heeft uit het civielrechtelijke arsenaal de wil als zaligmakende factor gekozen en deze vervolgens tot ultieme grondslag van het contract gemaakt. De daardoor ontstane problemen heeft men getracht het hoofd te bieden met een gebrekkig middel, namelijk de aanpassing van die wilsleer. Dat in de civiele traditie een ander instrument aanwezig was, heeft men vergeten. Deze rechtsfiguur moet thans aan de vergetelheid worden onttrokken.

Wie het Zuid-Afrikaanse of Nederlandse contractenrecht bestudeert, wordt namelijk geconfronteerd met de *causa* of *oorzaak* van de overeenkomst. Omtrent zijn betekenis zijn altijd vele theorieën ontwikkeld, maar met name sinds de opkomst van de wilsleer is zijn rol onduidelijk. In Zuid-Afrika is de thans heersende visie dat de causa naast de wilsovereenstemming een overbodige extra eis is,¹⁶ in het in 1992 in Nederland ingevoerde nieuwe BW heeft men vanwege de 'verwarring' waartoe de rechtsfiguur aanleiding gaf, besloten de 'oorzaak' te elimineren.¹⁷ Dat is verbazingwekkend omdat men toch eerst klaarheid omtrent zijn functie moet hebben en pas daarna — na afweging van de rationele argumenten — tot handhaving of afschaffing mag komen. Dat is reden genoeg om historisch na te gaan hoe de verhouding tussen causa en wil moet worden begrepen.

Wat de studie van het Romeinse recht ons leert, is dat de algemene causa-leer is ontstaan in de Middeleeuwen uit de behoefte aan een rechtvaardiging van de gebondenheid waar deze niet al voortvloeyde uit een andere grondslag. Zoals bekend kon men in het Romeinse recht twee soorten van gebondenheid aan de overeenkomst onderscheiden. In de eerste plaats kon men contracteren door middel van de stipulatio; enige consensus van partijen was daarbij irrelevant.¹⁸ Het uitspreken van de

¹⁵ Vgl. Hans Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Karlsruhe 1960, p. 49, die op andere gronden tot eenzelfde conclusie komt, namelijk dat het slechts gaat om 'uninteressante Formulierungsfragen' gaat.

¹⁶ Conradie v. Rossouw 1919 AD 279: 'a good cause of action can be founded on a promise made seriously and deliberately and with the intention that a lawful obligation should be established'. Zie Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations, Cape Town etc. 1990, p. 557 en Van der Merwe c.s., o.c., p. 14.

¹⁷ Parlementaire Geschiedenis Boek 6, Deventer 1981, p. 896. Zie evenwel ontwerper Meijers, WPNR 2793 (1923), p. 358, die de oorzaak-eis een van die 'lastige klitten' noemt die men tevergeefs van zich tracht af te schudden. De oorzaak was een 'slok-op' (zie ook John P. Dawson, Gifts and Promises, New Haven etc. 1980, p. 197).

¹⁸ Vgl. Zimmermann, Law of Obligations, o.c., p. 564.

plechtige formule was noodzakelijke en voldoende voorwaarde voor het intreden der gebondenheid. Daarnaast werd een overeenkomst aangenomen indien de inhoud der verplichtingen dat met zich bracht, nl. wanneer de overeenkomst aansloot bij één van een limitatief aantal opgesomde typen, zoals koop of geldleen. Later kon men zich echter met een beroep op de exceptio doli verweren indien men zich door stipulatio verbonden had, maar dat bijvoorbeeld in dwaling was geschied of de tegenprestatie uitbleef. Dat verweer was daarmee in wezen een beroep op een gebrekkige 'causa promittendi'. Met andere woorden: de stipulatio voldeed niet meer ter verklaring van de gebondenheid en daarvoor in de plaats moest dus *een andere oorzaak* komen.

Door de Glossatoren is de causa-eis later ook gesteld aan de overeenkomsten die al bonden op grond van hun inhoud.¹⁹ Aldus werd de causa-eis voortaan aan *iedere* overeenkomst gesteld. Het is gebruikelijk om aan te nemen dat dat ten onrechte was: men stelt dan dat daar de reden voor de binding immers niet verborgen is gebleven, maar ligt opgesloten in de inhoud van de overeenkomst. Wie een zaak van R 100 koopt, is gebonden omdat hij dat immers heeft gewild. Met andere woorden: de causa is hier niet nodig omdat de oorzaak der gebondenheid dan al ligt in het gewilde. Zo geformuleerd, wordt echter duidelijk dat deze redenering alleen maar opgaat wanneer men inderdaad de wil als voldoende rechtvaardiging ziet en elke toestemming tot verbindendheid leidt!²⁰ Is dat niet het geval — zoals al eerder is gebleken — dan is het echter volstrekt logisch om de oorzaak-eis ook hier, *los van de wil van partijen*, te stellen.

Deze *zuivere* betekenis van de causa-eis, bestemd om de bindende van de niet bindende afspraak af te scheiden, is echter in de loop der tijd uit het zicht verdwenen en met name in de negentiende eeuw in hoge mate beïnvloed door de wilsleer. Men is de causa-eis gaan opvatten als een criterium dat bepaalt in hoeverre de gebondenheid is *gewild*. Men kon daarbij ook steun vinden in het gegeven dat oorspronkelijk de formele stipulatio garant stond voor een weloverwogen geven van toestemming; het Kanoniekrechtelijk beginsel 'ex nudo pacto oritur actio' moest op een andere wijze dan door vormeisen worden ingeperkt en dat geschiedde door aan te nemen dat de causa slechts bestond indien de partijen gebondenheid serieus hadden gewenst. Zo is de causa komen samen te vallen met de wilsleer: slechts de wil kon als causa gelden. Dat de causa daarmee kon verdwijnen nu haar rol volledig door de wil was overgenomen, is een laatste stap: het zogenaamde anti-causalisme is een logisch gevolg van aanvaarding der wilsleer.²¹

Dit leert ons dat het niet alleen verwarrend is om de causa-eis en de wilsleer naast elkaar te laten bestaan, maar bovendien dat de objectieve causa-leer als juist dient te worden aanvaard, nl. als de toetssteen van verbindbaarheid.²² Dat dit het geval is, volgt reeds uit de zojuist geschetste historische ontwikkeling, waarin de functie van de op zichzelf neutrale causa-eis volledig bleek te zijn overgenomen door de wilsleer. Maar bovendien wordt met een centrale plaats voor de causa in het contractenrecht de mogelijkheid geschapen dat in ieder voorliggend geval op een objectieve wijze (los van de wilsleer) de vraag naar de gebondenheid kan worden gesteld. Deze oude functie van de causa-eis moet wederom op

¹⁹ Ook bij Hugo de Groot is sprake van verbindendheid van 'alle toezeggingen die uit eenighe redelicke oorzaecken geschieden' (*Inleidinge* III, 1, 52). Waarschijnlijk gold dit voor alle overeenkomsten; zie Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 558, maar anders Meijers, *Nieuwe bijdragen omtrent de leer der consideration en der causa*, *THRHR* 1938, VPO III, p. 309. Zie voor deze strijd het overzicht bij De Villiers in *Conradie v. Rossouw*, p. 298 v. met tegenover De Groot Cujacius en Donellus.

²⁰ Vgl. P.S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 4th. ed., Oxford 1989, p. 127.

²¹ Vgl. Scholten, *De oorzaak*, p. 90, die ook wijst op het verband tussen de opkomst van de anti-causale richting en de 'vrije oppermachtige, individuele wil'. Zie bijv. *LAWSA* Vol. 5, Part 1, 1994, no. 125: 'The requirement that the parties must be agreed that they intend to create obligations (...), is what is meant when there is reference in SA law to a *causa contractus*'.

²² Zie voor die term P.W. van Doorne, *Problemen van consideration en causa*, in: *Regtsgeleerde opstellen (...) aangeboden aan Prof. Mr. Paul Scholten*, Haarlem 1932, p. 102 en vgl. p. 122. Inspiratie werd geput uit de leer van G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris 1965. Zie de weergave van zijn visie Jacques Ghestin, *Traité de droit civil: La formation du contrat*, 3. éd., Paris 1993, no. 838: de causa is 'raison justificative de la reconnaissance, par le droit, de l'obligation; par là même elle est *négation*, et non *limite*, du consensualisme' (curs. JMS).

het eerste plan worden geplaatst, wil men recht doen aan de civiele traditie.

4. Wederkerigheid en causa: het genetisch synallagma

Dat de causa de grondslag voor de contractuele gebondenheid oplevert, zegt evenwel nog weinig over de precieze invulling van deze lege huls. Toch zal het begrip causa doorgaans in verband worden gebracht met de notie van een rechtvaardige uitwisseling van goederen. In de zogenaamde objectieve leer, zoals door de Nederlandse Hoge Raad tot 1922 aangehangen, was sprake van een oorzaak van de verbintenis van de ene partij die was gelegen in de daartegenover staande verplichting van de andere partij.²³ Het was zo de tegenprestatie waarin de verbintenis uit wederkerige overeenkomst de rechtvaardiging vond zonder dat daarmee een oordeel was gegeven over de werkelijke equivalentie tussen de prestaties, zodat dit 'do ut des' ook kon bestaan in een huis voor een pakje rooibos thee.²⁴

Maar de causa-leer in zijn meest zuivere vorm impliceert dat niemand zich 'zomaar', zelfs niet voor een pakje rooibos thee, tot het verrichten van een prestatie verplicht. Daarvoor is steeds een nadere rechtvaardiging nodig. Mijns inziens kan deze worden gevonden door een beginsel dat tegenwoordig *de inhoud* van de overeenkomst beheerst als bepalend voor de overeenkomst *op zichzelf* te zien. In het huidige recht bestaat een aantal regelingen voor de situatie waarin bij de wederkerige overeenkomst de samenhang tussen de prestaties is verbroken. Zo is een contractspartij bevoegd de nakoming van haar verplichtingen op te schorten indien de wederpartij haar daartegenover staande verplichtingen niet nakomt²⁵ en is ontbinding van de overeenkomst mogelijk in geval van niet-nakoming door de wederpartij.²⁶ Prestatie en tegenprestatie delen met andere woorden elkaars lot.²⁷

Men spreekt bij deze toepassingen, die een rol spelen in het kader van de reeds totstandgekomen overeenkomst, wel van het conditioneel en functioneel synallagma.²⁸ De eerste term slaat op de situatie waarin bij de reeds totstandgekomen overeenkomst met het wegvallen van de ene vordering, ook de andere teniet gaat, zoals wanneer bij het onmogelijk worden van nakoming buiten het risico van de debiteur ook de andere partij wordt bevrijd van zijn verplichtingen. Het functioneel synallagma ziet op de samenhang bij het vorderen van nakoming van de overeenkomst: indien de ene partij niet presteert, kan zijn wederpartij nakoming weigeren, zoals bij de exceptio non adimpleti contractus.

Deze gedachte, die verwijst naar de wederzijdse afhankelijkheid der prestaties van contractspartijen, is zodanig belangrijk dat deze mijns inziens de gehele overeenkomst beheerst. Een partij verplicht zich ten opzichte van de andere partij *omdat* die ander zich verplicht ten opzichte van de eerste. Nieuwenhuis heeft dan ook gelijk waar hij het causa-beginsel omschrijft als het over en weer in een middel/doel-relatie tot elkaar staan van de verbintenissen uit overeenkomst, waardoor de verbintenissen 'op elkaar betrokken en onderling van elkaar afhankelijk' raken.²⁹ In het economisch verkeer geeft men *opdat* de ander zal geven, getrouwd men zich een offer *omdat* daar iets tegenover staat. Maar ligt hier niet ook de kern van de overeenkomst? Wordt niet niet slechts de inhoud, maar ook de *totstandkoming* van de overeenkomst beheerst door de gedachte van verband tussen de prestaties? Deze vragen dienen

²³ Zie bijv. HR 24 april 1914, NJ 1914, 668 (Rotterdam/Van Rest). De opvatting is verlaten bij HR 17 november 1922, NJ 1923, 155 (Zeilmaker/Mirandolle).

²⁴ Een zg. functionele equivalentie: de prestaties zijn door partijen voor de uitwisseling bestemd. Zie Asser-Hartkamp II, no. 68 en H.P. Westermann, *Die Causa im Französischen und Deutschen Zivilrecht*, diss. Köln 1964, p. 96.

²⁵ Deze exceptio non adimpleti contractus geldt in Nederland (art. 6:262 BW) en Zuid-Afrika gelijkelijk (vgl. bijv. Van der Merwe c.s., o.c., p. 283 v.). In Zuid-Afrika vloeit deze zelfs voort uit 'die wederkerigheidsbeginsel'.

²⁶ Art. 6:265 BW en vgl. Van der Merwe c.s., o.c., p. 289 v.

²⁷ Dit is uiteraard niet alleen naar Nederlands recht het geval. Zie voor de herkomst uit het gemene recht Zimmermann, *Law of Obligations*, o.c., p. 811.

²⁸ Zie vooral Joachim Gernhuber, *Das Schuldverhältnis* [= Handbuch des Schuldrechts Bd. 8], Tübingen 1989, p. 315 v. en Wolfgang van den Daele, *Probleme des gegenseitigen Vertrages*, Hamburg 1968, vooral p. 23 v. en het overzicht bij Emmerich, MünchKomm, Vor § 320, Rn. 8 v. Zie voor Nederland bijv. M.G. Levenbach, *Iets over de spanning van de kontraktsband bij verandering in de omstandigheden*, diss. Amsterdam 1923, p. 245, die een 'economies synallagma' propageert.

²⁹ Drie beginselen van contractenrecht, diss. Leiden 1979, Deventer 1979, p. 73.

bevestigend te worden beantwoord. Het do *ut* des, het geven *opdat* de wederpartij ook geeft, verwijst naar een wederkerigheid, gelegen in het *verband* dat tussen de verrichte of de nog te verrichten prestaties bestaat. Als dat verband voldoende is, zal een contractuele gebondenheid kunnen worden aangenomen. Dit verband is de voldoende en de noodzakelijke voorwaarde voor de gebondenheid: *zonder* wederkerige samenhang geen overeenkomst en alleen in geval van wederkerige samenhang *wel* een overeenkomst. Niet de overeenkomst leidt tot samenhang der prestaties, maar de samenhang leidt tot de overeenkomst.

Van oudsher spreekt men bij de toepassing van de wederkerigheid op de fase der totstandkoming van het genetisch synallagma: de prestaties ontstaan of samen of helemaal niet.³⁰ Ten onrechte is deze functie van het synallagma naar de achtergrond verdwenen met de opkomst van de wilsleer.³¹ Waar deze laatste niet voldoet, moet echter wederom op de gedachte van wederkerigheid der prestaties worden teruggevallen. Men heeft met name in Duitsland wel gewezen op het nauwe verband tussen causa en synallagma,³² zonder daar echter de consequentie uit te trekken dat de wilsleer erdoor kan worden vervangen.

In elk concreet geval moet dan — in beginsel los van de uitoefening der privaatautonomie — worden gevraagd of de door de ene partij te verrichten of reeds verrichte prestatie in samenhang staat met een door een ander verrichte of nog te verrichten prestatie. De vraag of de handeling van de ene partij rechtens verband houdt met de handeling van de andere partij, is daarmee eenvoudigweg een vraag van *causaliteit*. Of causaal verband bestaat tussen de prestaties van partijen, moet worden beoordeeld door te bezien of in de sfeer van de ene contractspartij een reden voor de gebondenheid aanwezig is die verband houdt met de sfeer van de andere contractspartij.³³ De ene prestatie moet *veroorzaakt* worden door een andere prestatie. Dit is een *condicio sine qua non*-verband: zou de ene partij ook presteren indien de ander niet zou presteren? Indien deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, bestaat voldoende reden om contractuele gebondenheid aan te nemen.³⁴

Hoe moet nu het criterium van de 'samenhang in rechte' tussen de prestaties van partijen nader worden ingevuld? Op voorhand lijkt het criterium problematisch waar een ruilelement tussen de wederzijdse prestaties ontbreekt, zoals bij de eenzijdige overeenkomst. Dat dit toch niet zo is, zal ik aantonen nadat eerst de wederkerige overeenkomst aan de orde is gesteld.

5. Wederkerigheid en de 'normale' overeenkomst

Dat enig causaal verband bestaat tussen de wederzijds te verrichten of reeds verrichte prestaties, betekent op zichzelf niets anders dan dat de ene partij verplicht is te presteren *omdat* haar wederpartij heeft gepresteerd of zal presteren. In geval van de koopovereenkomst is de verkoper verplicht te leveren nu de koper de prijs heeft betaald of zal betalen. De cruciale vraag is echter juist *wanneer* dit het geval is: in dit voorbeeld is al vastgesteld dat er een causaal verband bestaat tussen de te verrichten prestaties. Dat dit het geval was, zal zijn ingegeven door de omstandigheden van het geval, waarbij wellicht de

³⁰ Vgl. Gernhuber, o.c., p. 315: 'stets nur das eine und das andere und niemals das eine auch ohne das andere'. Het genetisch synallagma is ook het oudste van de drie onderscheiden vormen.

³¹ Zie daarvoor bijv. Günter Hager, Der Gedanke der Solidarität in der Lehre vom Synallagma, in: Zum Deutschen und Internationalen Schuldrecht (Von Caemmerer-colloquium), Tübingen 1983, p. 27: het genetisch synallagma 'verbirgt sich (...) hinter den Normen zur Vertragsschlußmechanik und zur Nichtigkeit'. Köndgen, Selbstbindung ohne Vertrag, o.c., p. 237 noemt het synallagma een der laatste 'Reservate des Reziprozitätsprinzips'. Vgl. Asser-Hartkamp II, o.c., no. 61.

³² Zie bijv., maar weinig principieel, Roland Dubischar, Prinzipien-Platonismus; Anmerkungen zur Synallagmadiskussion, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen (Raiser-bundel), Tübingen 1974, p. 112. Een overzicht van meningen biedt Ulrich Klink, Causa und genetisches Synallagma, Berlin 1983.

³³ Zie voor deze 'sferen' van contractspartijen, door hen op elkaar betrokken in een 'planned relationship', Arthur von Mehren, IECL, vol. VII-1: A General View of Contract [1982], no. 1.

³⁴ Vgl. wat E. Allan Farnsworth, Contracts, 2nd. ed., Boston etc. [1990], p. 43 opmerkt over de consideration: 'Consideration is the *glue* that binds the parties to a contract together' (curs. JMS). Al in de term 'contract' zelf zit de 'samentrekking' van partijen verscholen.

koper een voor de zaak alleszins redelijke prijs heeft betaald. Of eenzelfde oordeel was gegeven indien de prijs evident te laag was, is minder zeker.

Dit voorbeeld maakt duidelijk dat het bij de beoordeling van de samenhang aankomt op het interpreteren van in beginsel de handeling of verklaring van één aspirant-contractspartij, met als doel te trachten deze in verband te brengen met het gedrag of de handeling van een ander en wel op zodanige wijze dat enigerlei wederkerigheid tot stand wordt gebracht.³⁵ Aldus wordt de overeenkomst ontleed in in beginsel los van elkaar staande handelingen, die echter tezamen het etiket van overeenkomst opgeplakt krijgen zodra voldoende rechtvaardiging voor de gebondenheid in de vorm van samenhang en dus wederkerigheid aanwezig is.³⁶

Welke gebeurtenissen als in verband met elkaar staand moeten worden beschouwd, wordt daarbij ingegeven door wat gebruikelijk is.³⁷ In een gebruikelijke standaardsituatie zoals de consumentenkoop bij de bakker tegen een 'normale' prijs, zal het vaststellen van de samenhang geen enkel probleem opleveren en is snel sprake van een causaal verband tussen beide prestaties. Indien echter twee ondernemers afspreken dat één van hen over een maand tegen een zeer lage prijs een vergasingsinstallatie zal leveren voor de olieraffinaderij van de ander, is het causaal verband tussen die beide prestaties op zijn minst twijfelachtig en zal het causaal verband uit extra omstandigheden moeten blijken, wil sprake zijn van een hen bindende overeenkomst. In dat geval wijkt de standaardsituatie voor de concrete omstandigheden van het geval: het is niet gebruikelijk dat men in commerciële verhoudingen voor een lage prijs koopt.³⁸

Hiermee is dus gezegd dat de overeenkomst, als essentieel wederkerig begrip, een zekere mate van gelijkwaardige verdeling van rechten en plichten vereist. Essentieel is echter dat die gelijkwaardigheid niet steeds in de gebruikelijke tegenprestatie behoeft te worden gevonden, maar bij wijze van uitzondering ook kan liggen in andere factoren (waarvoor dan extra argumentatiemateriaal moet worden aangedragen). Enerzijds zal men zich in ieder concreet geval moeten afvragen in hoeverre inderdaad voldoende causaal verband tussen de prestaties aanwezig is, anderzijds is het mogelijk om voor een aantal standaardsituaties regels op te stellen die *bij wijze van vermoeden* aangeven dat dat causaal verband aanwezig is. Alvorens een aantal criteria voor dat verband uit te werken, moet eerst worden ingegaan op de zg. 'eenzijdige overeenkomst'.

Als bezwaar tegen het genetisch synallagma als criterium en grondslag voor iedere contractuele gebondenheid, lijkt immers te kunnen worden ingebracht dat het synallagma traditioneel slechts in verband wordt gebracht met de *wederkerige* overeenkomst. In de vroegere objectieve leer lag bij die overeenkomst in de verbintenis van de ene partij de reden voor de gebondenheid van de andere partij. Bij de eenzijdige overeenkomst zou nu echter juist geen ruilelement bestaan en wordt dus niet gepresteerd omdat ook door de wederpartij een prestatie wordt verricht. Toch is dit slechts een schijnargument. De vraag of de prestaties van partijen in voldoende samenhang met elkaar staan, biedt ook voor deze overeenkomsten een goed criterium.³⁹

³⁵ Op de parallel tussen causaliteit (in de zin van equivalentie) en wederkerigheid wordt ook gewezen door G.J. Scholten, *De oorzaak van de verbintenis uit overeenkomst*, diss. Amsterdam 1934, Zwolle 1934, p. 185. Zie ook nog P. van Bemmelen, RO, dl. II, o.c., p. 117: 'Wij hebben niet te doen met "overeenstemmende *willen* of gezindheden" maar met overeenstemmende *daden* van deelneming aan collective rechtshandelingen'.

³⁶ De term 'etiket' vindt men terug in het beroemde opstel van J.C. Naber, *Begrip of etiket?*, RM 8 (1889), p. 22 v. Vgl. voor het verband ook J. Eggens, *Bekrachtiging van natuurlijke verbintenissen*, oorspr. 1948, in: VPO, dl. II, p. 192: men dient 'te begrijpen dat het *geheel* der praestaties als *eenheid* gedacht ene andere en grotere betekenis kan krijgen dan aan elke praestatie afzonderlijk toekomt'.

³⁷ Vgl. G.J. Scholten, *De oorzaak*, o.c., p. 27, die Van der Kolk citeert: 'Op grond van ervaring vormen zich algemeen gangbare opvattingen van hetgeen als ruilaequivalent van een bepaalde prestatie is te beschouwen'.

³⁸ Historisch is de verhouding standaard-niet standaard, opgehangen aan de *causa-eis*, verantwoord omdat nu juist die *causa* is opgekomen naar aanleiding van 'nieuwe' contractssituaties, waarin de vraag naar de reden der gebondenheid werd gesteld, anders dan in geval van de 'oude' contractstypen omdat daar de rechtvaardiging al lag in de *aansluiting* bij dat type.

³⁹ In het Franse recht beheerst de *causa* eveneens de eenzijdige en de om niet gesloten overeenkomst, dit in overeenstemming met Domat, *Les Lois Civiles*, sec. 149.

Het prototype van de eenzijdige overeenkomst, de formele schenking, schept inderdaad slechts een prestatieplicht voor één partij. Desalniettemin is de vraag of de schenking als overeenkomst niet slechts dan wordt erkend, op exact gelijke wijze als de wederkerige overeenkomst, indien een samenhang bestaat in 'prestaties' tussen schenker en begiftigde. De wederkerigheid zal in dit geval echter niet in een reeds verrichte prestatie die moet worden geverseerd liggen, doch in andere factoren die de uiting van vrijgevigheid rechtvaardigen. De wederkerigheid ligt al daarin dat niemand hoeft te dulden dat hem een prestatie wordt opgedrongen. In die zin verdient het om niet verkrijgen van een prestatie evenzeer een rechtvaardiging als het in ruil voor een materiële tegenprestatie ontvangen van een geldsom.⁴⁰

Bovendien geldt dat men het begrip 'tegenprestatie' niet te eng moet opvatten. Daaronder kan al datgene worden verstaan dat aan de zijde van de wederpartij van de contractant bepalend is voor het presteren door *deze* contractant. In geval van schenking kan de 'prestatie' van de begiftigde dus bestaan in al die omstandigheden (persoonlijke hoedanigheid, eerder verrichte diensten, voorwaarden waaraan hij moet voldoen etc.) die de schenker doen besluiten te zullen schenken. Of wederkerigheid bestaat, is in die zin een normatief oordeel, dat geheel afhangt van de waardering der verhouding tussen partijen.⁴¹

Dat de eenzijdige en de wederkerige overeenkomst zo wel degelijk op één en dezelfde noemer kunnen worden teruggebracht, is zeer vruchtbaar. Het maakt het mogelijk om verbanden te leggen tussen de schenking, de eenzijdige toezegging en de overeenkomst tegen een evident te lage of te hoge prijs. De rechtvaardiging voor een dergelijke afwijking van de 'normale' wederkerigheid, zal in de wederzijdse verhouding van partijen moeten worden gevonden, zodanig dat alsnog een samenhang tussen de over en weer verrichte of nog te verrichten prestaties bestaat. Dat een andere tegenprestatie dan bij de 'gewone' traditioneel wederkerige overeenkomst bestaat, vergt immers steeds een extra rechtvaardiging. De wederkerigheid blijft ook dan echter aanwezig, zij het dat deze in andere, als voldoende beschouwde omstandigheden ligt.

De taak die rest, bestaat in het uitwerken van een aantal criteria voor de bepaling van de samenhang in prestaties. Met name de vraag wanneer een andersoortige dan gebruikelijke prestatie de contractuele gebondenheid rechtvaardigt, verdient nadere aandacht. Maar ook de vraag wat precies een 'gebruikelijke' tegenprestatie is, waarin de gebondenheid dus normaliter haar grondslag vindt, moet aan de orde komen.

6. Contract en ongerechtvaardigde verrijking

Noch in Zuid-Afrika, noch in Nederland wordt een algemene verrijkingssactie ten volle aanvaard. In Nederland zijn de vereisten die worden gesteld zo specifiek dat hoogst zelden een actie kan slagen, in Zuid-Afrika is de actie zoals bekend verworpen.⁴² Dit neemt echter niet weg dat in de innerlijke structuur van het privaatrecht vele elementen van het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijking moet worden voorkomen, liggen opgesloten. De beantwoording van de vraag wanneer een contractuele gebondenheid bestaat, kan nu mijns inziens slechts geschieden door terug te vallen op het

⁴⁰ Vgl. Asser-Kleijn, Bijzondere overeenkomsten dl. IV, 5de dr., Zwolle 1988, no. 208: een rechtshandeling die een schenking lijkt, kan toch een rechtshandeling onder bezwarende titel zijn, nl. indien er wel een juridische contraprestatie is, die niet blijkt uit de handeling zelf. Dit is o.i. *altijd* het geval.

⁴¹ Klaus F. Röhl, Über außervertragliche Voraussetzungen des Vertrages, in: *Recht und Gesellschaft* (Festschrift Schelsky), Berlin [1978], p. 472 spreekt hier van het 'Wertproblem': wat is de maatstaf waarmee de tegenover elkaar staande prestaties worden afgewogen? Hij wijst er, p. 451, treffend op dat *het* probleem van de reciprociteit is dat de tegenprestaties niet altijd direct tegenover elkaar worden uitgewisseld, zodat dan het vertrouwen op een *ooit* presteren van belang wordt; in die zin is het vertrouwen slechts een tijdelijke, de wederkerigheid vervangende, factor.

⁴² Zie resp. art. 6:212 BW en Nortje en 'n Ander v. Pool, 1966 3 SA 96 (A). Zoals bekend bepleit Wouter de Vos, Verrijkingaanspreekelijkheid in die Suid-Afrikaanse Reg, 3de dr., Kaapstad etc. 1987, p. 324, erkenning van de algemene actie want anders zou na 'Nortje' gelden dat 'a principle vibrant with life and struggling for growth, would then be locked for ever in tight compartments, a prisoner of the past'. De Vos' positie wordt wellicht gesteund door Blesbok Eiendomsagentskap v. Cantamessa, 1991 (2) SA 712 (T); vgl. D.H. van Zyl, The General Enrichment Action is Alive and Well, Acta Juridica 1992, p. 115 v.

verrijkingsprincipe.

Als uitgangspunt geldt daarbij dat personen doorgaans contracteren omdat dit voordelig voor hen is. De overeenkomst dient ertoe een uitwisseling van goederen te bewerkstelligen en men is over het algemeen slechts bereid tot een dergelijke uitwisseling omdat men meent dat, om welke reden dan ook, die uitwisseling gunstig is.⁴³ Dit betekent dat de causa voor de gebondenheid doorgaans zal kunnen worden aangenomen omdat de verrichte of beloofde prestatie in het voordeel van de handelende persoon wordt geacht te zijn. Dat is 'normaal'. Daar echter een samenhang met het gedrag van de andere partij moet worden vastgesteld, is de enkele 'voordeelsverwachting' van één contractspartij niet voldoende. Contractuele gebondenheid zal slechts dan kunnen worden aangenomen indien de handelende persoon ten opzichte van zijn wederpartij niet bovenmatig zal worden verrijkt door het 'construeren' van de overeenkomst.

De overeenkomst is daarmee dus niet een door partijen zelf geschapen rechtsbetrekking, maar een op een situatie geplakt oordeel. Praktisch komt dit daar op neer dat slechts dan een tot gebondenheid aanleiding gevende samenhang bestaat waar het voordeel dat de ene persoon verkrijgt, niet in een wanverhouding staat met het nadeel dat de andere partij lijdt. In termen van de wilsleer zou dit zo zijn weergegeven dat de wederpartij het rechtsgevolg dan niet *gewild* zou hebben, maar dat is een verdoezeling van de werkelijke vraag. Het is zoals Atiyah ons voorhoudt ten aanzien van de voor één partij ongunstige overeenkomst.⁴⁴

'A transaction in which one person is bound and the other is not is suspect; given the way in which behaviour and customary ideas react upon each other, it would not be inaccurate to suggest that such arrangements are unusual because they are felt to be unfair, and are felt to be unfair because they are unusual'.

De band tussen normaliteit en rechtvaardigheid vindt een juridische neerslag in de verrijkingsgedachte. De mate van ongerechtvaardigde verrijking speelt zo een rol bij de bepaling van de normale samenhang in prestaties en dus bij het oordeel dat een bindende overeenkomst bestaat.⁴⁵

Duidelijk is echter dat hiermee niet kan worden volstaan. Ook in abnormale situaties als de eenzijdige toezegging, de schenking of de voor één partij apert ongunstige overeenkomst, kan gebondenheid intreden. Het is echter mogelijk om ook hier in termen van verrijking te spreken. Of de door een persoon toegezegde betaling van R 3000 in ruil voor een pepermuntje als bindend moet worden beschouwd, kan in die zin afhangen van de vraag of de wederpartij daarmee gerechtvaardigd wordt verrijkt, dat voldoende argumentatiemateriaal aan de zijde van de toezegger moet worden gevonden waarin deze *op het eerste gezicht* onterechte verrijking een rechtvaardiging kan vinden.⁴⁶ Bij het definitieve oordeel omtrent de gebondenheid spelen dan vele omstandigheden een rol. Men kan bijvoorbeeld denken aan de onderlinge verhouding van partijen en aan de aard van de overeenkomst. Waar deze in de traditionele wilsvertrouwensleer echter niet expliciet worden getoetst en schuil gaan achter de algemene 'wil' of het 'vertrouwen', worden zij hier aan de oppervlakte gebracht.

De gedachte dat we in een contractuele verhouding aan een actie uit ongerechtvaardigde

⁴³ Zie Theo Mayer-Maly, *Divisio Obligationum*, *The Irish Jurist* 2 (1967) p. 384, die wijst op de *Codex Maximilaneus Bavaricus Civilis* (4, 13, 1) uit 1756 waarin als premisse wordt aanvaard dat iedereen wil wat hem als voordelig voorkomt. Boehmer brengt de causa geheel terug op de vraag of gevolg is, dat een voordeel voor de schuldeiser ontstaat. Zie daartoe H.P. Westermann, *Die Causa im Französischen und Deutschen Zivilrecht*, diss. Köln 1964, p. 76 v. Zie ook nog Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag*, o.c., p. 241.

⁴⁴ *Contract and Fair Exchange*, oorspr. 1985, in: *Essays on Contract*, Oxford 1986, p. 327.

⁴⁵ Causa en verrijking staan met elkaar in nauw verband. De causa en de ongegronde verrijking zijn 'als het ware broertje en zusje'. Aldus G.J. Scholten, *De oorzaak*, o.c., p. 94.

⁴⁶ Het is opmerkelijk dat dit verband tussen wederkerigheid en verrijking bij specifieke vragen wel wordt gelegd; zie bijv. Asser-Hartkamp II, o.c., no. 240 voor de schuldvernieuwing. P.S. Atiyah, *Contracts, Promises, and the Law of Obligations*, *Essays on Contract*, o.c., p. 40 wijst er op dat in Engeland het verband tussen restitutie en contract altijd is gelegd: bepalend was of iemand een voordeel had ontvangen dat moest worden geveerd, *los* van de vraag of daartoe een belofte was gedaan.

verrijking niet toe komen, is dan ook weinig verhelderend.⁴⁷ Inderdaad zal de vraag naar de verrijking *indien eenmaal is vastgesteld dat een overeenkomst bestaat* geen prominente rol meer vervullen, maar bij het oordeel *dat* partijen gebonden zijn, speelt de verrijking wel degelijk een rol.

Of autonomie is uitgeoefend, wordt dus vastgesteld door een objectieve bepaling van wat iemand *moet* hebben gewild, nu dit voordelig voor hem is geweest of op andere wijze tot een wederkerige gebondenheid aanleiding geeft omdat een *goede reden* (causa) bestaat voor het wensen van gebondenheid. Zo bezien is autonomie slechts een flauw aftreksel van wederkerigheid: of gebondenheid is gewenst, kan pas worden vastgesteld door te bezien of daartoe een goede, wederkerigheid opleverende, reden bestaat. De proef op de som krijgt men met de prangende vraag wat nu rechtens is indien expliciet, bijvoorbeeld bij geschrift, wordt verklaard dat de gebondenheid door de contractspartij is gewild. Bestaat daarmee nog geen overeenkomst? Het antwoord luidt bevestigend. Wie zich bij notariële akte verbindt tot het doen van een schenking, zal toch slechts dan gebonden zijn indien een objectieve rechtvaardiging voor de gebondenheid kan worden gevonden in op de begiftigde terug te voeren voldoende samenhang opleverende omstandigheden. Dit neemt niet weg dat de expliciet gedane wilsuiting een *aanwijzing* kan zijn voor de mate waarin die samenhang bestaat om de eenvoudige reden dat niemand 'zomaar' stelt te willen. De wilsuiting levert dan echter een vermoeden van samenhang op, geen dwingend bewijs.

Dit betekent concreet dat een conflict tussen uitgeoefende privaatautonomie en opgewekt vertrouwen niet op kan treden. Indien A stelt dat hij voor 100,- heeft willen aanbieden aan B, maar buiten zijn schuld is in het schriftelijk aanbod 10,- te lezen, dan is niet de relevante vraag of B er 'gerechtvaardigd' op mocht vertrouwen dat het aanbod voor 10,- is gedaan, maar of voor de levering tegen een prijs van 10,- voldoende een causa opleverende wederkerige samenhang bestaat. Dat is niet het geval indien de aangeboden goederen normaliter tegen een prijs van 100,- worden aangeboden, tenzij voor de in casu te betalen lagere prijs een specifieke rechtvaardigingsgrond valt aan te wijzen in de verhouding tussen partijen.

Daarmee is de rol van de autonomie in het recht ook in zoverre gereduceerd dat deze kan worden geacht de vereiste wederkerigheid op te leveren waar door partijen vrijwillig wordt gepresteerd. Indien in bovenstaand geval A de aangeboden goederen voor 10,- levert aan B, is daarmee het oordeel van een voldoende wederkerige samenhang in beginsel gegeven. Zodra de gebondenheid wordt betwist, zal de wederkerigheid echter als maatstaf naar voren treden en bestaat slechts gebondenheid indien de prestaties van partijen ook meer objectief in wederkerige samenhang met elkaar staan. Daarmee zijn de grondtrekken van de hier voorgestane alternatieve benadering geschetst. Natuurlijk is een nadere uitwerking op specifieke terreinen vereist, maar doel was hier slechts om aan te geven hoe het gemeenrechtelijke contractenrecht kan worden aangepast voor de moderne tijd. De bron van verbintenissen contract zal daartoe in verbinding moeten worden gebracht met de bron verrijking. Dat de overkoepelende grondslag voor de contractuele gebondenheid dan kan worden gezocht in de oude causa-leer, werd eveneens aangetoond.

7. Een weinig traditionele benadering?

De visie op de contractuele gebondenheid die in het voorafgaande is uiteengezet, is wellicht weinig traditioneel voor wie gewend is onder 'traditie' slechts het recht van de afgelopen 200 jaar te beschouwen. Wie verder teruggaat — en dat moet, wil men blijven profiteren van de civielrechtelijke ervaring die ligt opgeslagen in leerstukken — vindt oplossingen voor zogenaamd 'nieuwe' problemen. Werkelijk nieuw zijn ze niet want in 2000 jaar ontwikkelingsgeschiedenis behoeft het burgerlijk recht zich niet meer in verlegenheid te laten brengen door de 'actualiteit', zelfs indien daaronder de periode sinds de negentiende eeuw moet worden verstaan.

Deze bijdrage was een poging om de causa-leer weer voor het voetlicht te brengen en deze van

⁴⁷ Vgl. de discussie tussen Atiyah en Birks, geschetst in Atiyah, A Reply to my Critics, in: Essays on contract, o.c., p. 47 v.

een uitwerking te voorzien. De theoretische grondslag van de causa werd vervolgens ingevuld aan de hand van het ethisch gedachtengoed dat ook tot uitdrukking komt in bijvoorbeeld de *iustum pretium*-leer. Die *iustum pretium*-leer *zelf* kwam hier niet aan de orde, evenmin als de vraag *wanneer* precies van een 'onrechtvaardig' contract kan worden gesproken. Wel werd een dogmatisch kader geschapen waarmee men het contractenrecht in de toekomst te lijf kan gaan. De wijze waarop tegenwoordig in zowel Zuid-Afrika als Nederland wordt getracht om evident onrechtvaardige contractsbepalingen buiten werking te stellen, verdient dan ook heroverweging. In beide landen wordt uitgegaan van een overeenkomst of een bepaling daarvan die al *geldt* doch die *achteraf* opzij kan worden gesteld vanwege strijd met de openbare orde⁴⁸ of de redelijkheid en billijkheid. Een dergelijke *detour* is echter niet nodig: het gemene recht stelt ons in staat om al bij het oordeel dat een contract met voldoende causa *aanwezig is* (dus vooraf), de rechtvaardigheid mee te laten wegen. De precieze invulling van die causa-leer zal in Zuid-Afrika en Nederland verschillen al naar gelang de nationale omstandigheden in die landen, maar zeker is dat dankzij die causa-leer die gemeenschappelijke rechtswortels van beide landen zullen worden gereactiveerd.

Summary

The search for the true foundation of the binding force of contract is an old one. Although some authors defend that the quest for this foundation and the subsequent criterion to establish a contract is useless since too many attempts have failed in the past, in this contribution an alternative theory is presented. It has its roots in the civilian tradition South-African and Dutch law share. It is defended that a contract is binding only because and in so far as there is a 'good cause' for it. Hereby the continental causa-theory and Anglo-American consideration are (re)introduced into contract law. From the point of legal history, this is a methodologically just way because these concepts have served as the criteria to distinguish between enforceable and non-enforceable promises before the emergence of will theory. Now that will theory has declined, they should become predominant again. It is explained why will theory has taken over the role of causa in Dutch law and why this has led to a 'crisis' in contract law.

The 'theory of good cause' enables us to question the present emphasis on the will or the reliance of a particular contracting party and to put forward the *content* of the contractual duties. Thus it is hoped to satisfy the need for 'contractual justice'. Practically a distinction is made between 'normal' and 'abnormal' cases; in both the criterion to find out if there is a contract is whether if *no* contract would be recognised, any unjust enrichment would arise. This is measured by a newly introduced concept of reciprocity between the mutual duties of the contracting parties. In practice, this means *e.g.* that an executory contract would be less binding than a (partially) executed contract and that an abnormal contract such as a gift can be binding but only in so far there is extra 'causa' available since the 'normal' counterperformance is lacking.

⁴⁸ Zie de discussie naar aanleiding van *Bank of Lisbon & South Africa v. De Ornelas*, 1988 3 SA 580 (A) en *Sasfin v. Beukes* 1989 1 SA 1 (A) in bijv. S.W.J. van der Merwe, G.F. Lubbe en L.F. van Huyssteen, *The exceptio doli generalis: requiescat in pace — vivat aequitas*, SALJ 106 (1989), p. 235 v. en in Gerhard Lubbe, *Billijkheid en die openbare belang in die Suid-Afrikaanse kontraktereg*, Stell. LR 1 (1990), p. 7 v.